Fiscalité internationale

394

Clauses fiscales des contrats financiers : l'incidence des dispositions anti-paradis fiscaux

Philippe Derouin,
avocat associé,
Skadden Arps Slate Meagher & Flom LLP
Éric Zeller,
avocat associé,
Clifford Chance Europe LLP
Katia Gruzdova,
avocat,
Clifford Chance Europe LLP

L'article 22 de la troisième loi de finances rectificative pour 2009 [1] a sensiblement modifié le régime des intérêts et autres produits de créances payables à l'étranger. En matière de contrats financiers internationaux, la pratique consistant à stipuler que toute retenue à la source est ou sera prise en charge par le débiteur s'est répandue si largement qu'elle est devenue un usage dont la mise en œuvre contribue à la comparabilité des créances et des titres et, par suite, à la liquidité du marché. L'objet du présent article est de présenter les clauses types de ces contrats et leur adaptation à la nouvelle législation.

Introduction

1 - L'article 22 de la troisième loi de finances rectificative pour 2009 [2] a sensiblement modifié le régime des intérêts et autres produits de créances payables à l'étranger.

Sous l'empire du régime antérieur, le principe était l'imposition au moyen du prélèvement obligatoire prévu par le premier alinéa du III de l'article 125 A du CGI.

Cependant les dérogations à ce principe – et notamment celle prévue par l'article 131 *quater* du CGI pour les « emprunts contractés hors de France » au sens de la réglementation des changes – étaient devenues si étendues [3] que l'imposition effective était devenue exceptionnelle [4].

Parmi les critères d'application du prélèvement figuraient, d'une part, le domicile ou le siège hors de France du créancier et, d'autre part, le lieu de paiement hors de France, ce qui était devenu d'une conformité douteuse à la liberté de circulation des capitaux prescrite par le droit communautaire [5]. D'où l'abandon de ce dernier critère par l'article 30 de la loi de finances rectificative pour 2005 [6].

1. Résumé des nouvelles dispositions

2 - Le nouveau dispositif tire les conséquences de cette évolution et inverse l'ordre des facteurs : l'exonération devient le principe et l'imposition effective l'exception réservée aux paiements à destina-

1. *L. n° 2009-1674, 30 déc. 2009, art. 22 : Dr. fisc. 2010, n° 5, comm. 123.*
2. V. *supra* note 1.
3. Notamment au fil des interprétations administratives successives, cf. *Instr. 19 août 1987 : BOI 5 I-7-87 ; Dr. fisc. 1987, n° 33-38, instr. 9162. – J.-P. Le Gall, Le nouveau régime fiscal des emprunts des entreprises françaises à l'étranger : un toilettage ? : JCP E 1988, II, 15107, p. 74. – Instr. 5 juin 1989 : BOI 5 I-2-89 ; Dr. fisc. 1989, n° 28, instr. 9762. – J.-P. Le Gall, Le nouveau régime fiscal des emprunts des entreprises françaises à l'étranger (CGI, art. 131 quater nouveau) : Dr. fisc. 1989, n° 43, p. 1313 à 1316. – Instr. 30 sept. 1998 : BOI 5 I-11-98, 6 oct. 1998 ; Dr. fisc. 1998, n° 43, instr. 12081. – Instr. 16 avr. 1999 : BOI 4 C-1-99 ; Dr. fisc. 1999, n° 17, instr. 12195. – Instr. 28 févr. 2003 : BOI 4 C-2-03 ; Dr. fisc. 2003, n° 13, instr. 12979. – Instr. 29 juin 2006 : BOI 5 I-7-06 ; Dr. fisc. 2006, n° 29, instr. 13570. – Lettre DLF, 23 juill. 2007 à la Fédération bancaire française. – RES n° 2007/59 (FP), 8 janv. 2008 : Dr. fisc. 2008, n° 5, act. 32. – RES n° 2009/23 (FP), 7 avr. 2009 : Dr. fisc. 2009, n° 16, act. 116.*
4. *CE, 9e et 10e ss-sect., 3 nov. 2003, n° 244437, SARL Meridia France : JurisData n° 2003-080441 ; Rec. CE 2003, tables p. 763 ; Dr. fisc. 2004, n° 20, comm. 472, concl. L. Vallée ; Dr. sociétés 2004, comm. 16, note J.-L. Pierre ; RJF 1/2004, n° 47 ; BDCF 1/2004, concl. L. Vallée. – CE, 3e et 8e ss-sect., 3 juill. 2009, n° 296843, Sté Royal Canin : JurisData n° 2009-081499 ; Dr. fisc. 2009, n° 36, comm. 444, concl. É. Geffray.*
5. *TA Paris, 6 janv. 2004, n° 97-12841/1, Banque Leumi France,* inédit. – *CAA Paris, 5e ch. B, 29 janv. 2007, n° 05PA01982, Banque de gestion privée Indosuez : Juris-Data n° 2007-348582 ; Dr. fisc. 2007, n° 52, comm. 1081, note A.-F. Gagneur ; RJF 12/2007, n° 1435. – Ph. Derouin et Ph. Martin, Droit communautaire et fiscalité : Litec, 2008, 2e éd. n° 170, p. 529.*
6. *L. n° 2005-1720, 30 déc. 2005, art. 30 : Dr. fisc. 2006, n° 5, comm. 95.*

tion des États et territoires ne pratiquant pas l'échange d'information à un niveau de standard international.

Le III de l'article 125 A a été réécrit et réduit à un seul alinéa : le prélèvement ne s'applique plus à titre obligatoire que si les intérêts et autres produits de créance sont payés hors de France dans un État ou territoire non coopératif. En conséquence, les exonérations des alinéas 2 et 3 du texte n'ont plus lieu d'être, pas plus que celle de l'article 131 *quater* qui ne subsiste qu'à titre de disposition transitoire.

Même si le I de l'article 164 B du CGI énonce que sont considérés comme revenus de source française les revenus de valeurs mobilières françaises et tous autres capitaux mobiliers placés en France, et si en application du deuxième alinéa de l'article 4 A, de tels revenus sont passibles de l'impôt sur le revenu du chef des personnes dont le domicile fiscal est situé hors de France, l'absence de prélèvement sur les intérêts et autres produits de créance exclut toute imposition effective.

En revanche, si le paiement est effectué ou l'intérêt dû à destination d'un État ou territoire non coopératif alors :

– soit le prélèvement de l'article 125A, III du CGI a vocation à s'appliquer, au taux punitif de 50 % prévu au 1° du III *bis*, aux produits payés dans un État ou territoire non coopératif (ETNC) (critère du lieu de paiement) ;

– soit la déduction de l'intérêt ou de la charge est compromise en application de l'article 238 A du CGI lorsque la somme est payée ou due à des personnes établies dans un ETNC (critère du domicile ou du lieu d'établissement du créancier) ou lorsqu'elle est versée sur un compte tenu dans un organisme financier établi dans un ETNC (critère du lieu de paiement).

Naturellement, si la charge d'intérêt n'est pas déductible, les intérêts payés sont réputés distribués et donnent lieu à la retenue à la source sur les dividendes soit au taux normal de 25 % (éventuellement calculée en dedans c'est à dire un taux effectif de 25/75 ou 33,1/3 %) soit au taux majoré de 50 % (c'est à dire, le cas échéant, 50/50 ou 100 % par suite du calcul « en dedans ») en cas de paiement dans un ETNC *(CGI, art. 111, c, art. 119 bis, 2 et art. 187, 1 et 2)*.

Ce régime fiscal dissuasif – et qui, comme tel, n'a normalement pas vocation à s'appliquer – est écarté lorsque le débiteur démontre que les opérations auxquelles correspondent ces charges ou dépenses ont principalement un objet et un effet autres que de permettre la localisation des produits correspondants dans un État ou territoire non coopératif (*CGI, art. 125 A, III et 238 A, al. 2* – dite « clause de sauvegarde »).

À la veille de l'entrée en vigueur de ces textes, l'Administration a fait connaître par un rescrit n° 2010/11 du 22 février 2010 [7] sa position, assez libérale :

– d'une part, sur la notion de paiement dans un ETNC ;

– d'autre part, sur l'application de la clause de sauvegarde aux créances représentées par des titres négociables : obligations, TCN et autres titres équivalents [8].

2. Dispositifs comparables

3 - Ce nouveau dispositif n'est pas sans précédent ni sans écho. La loi comporte depuis longtemps un prélèvement à un taux dissuasif, de 60 % aujourd'hui, sur les bons anonymes *(CGI, art. 125 A, II, 6°, al. 2)*.

À l'étranger, la législation italienne prévoit, depuis une dizaine d'années, l'application d'une retenue à la source au taux de 27 % sur les intérêts versés à des non-résidents établis hors Union Européenne dans des pays n'ayant pas conclu avec l'Italie de convention comportant une clause d'échange d'informations fiscales [9].

La directive communautaire n° 2003/48/CE du 3 juin 2003 sur l'imposition des produits de l'épargne et les nombreuses conventions multilatérales ou bilatérales qui s'en inspirent ont une portée plus limitée puisqu'elles ne visent que les paiements d'intérêts à des personnes physiques. Mais le principe en est similaire : informer ou payer. Lorsque l'agent payeur est situé dans un État qui pratique le secret bancaire et ne peut rendre obligatoire la communication d'information à l'État dans lequel réside le bénéficiaire des intérêts payés, une retenue à la source s'applique [10], à moins que le bénéficiaire du revenu ne consente à la communication d'information à l'administration fiscale de son État de résidence [11]. Le taux de la retenue, fixé à l'origine à 15 %, a été porté à 20 % puis 35 %.

Dans le même esprit, les États-Unis ont adopté, le 18 mars 2010, une législation tendant à renforcer l'accomplissement des obligations fiscales des intermédiaires financiers (*Foreign Account Tax Compliance Act* ou FATCA). Ceux-ci sont appelés à conclure avec l'administration fiscale américaine des accords d'information concernant les bénéficiaires finaux des revenus qu'ils encaissent, sauf à encourir la qualification peu gratifiante de « teneur de compte récalcitrant » et à provoquer l'application d'une retenue à la source de 30 % sur tous paiements en provenance des États-Unis.

La tendance paraît forte : désormais la retenue à la source sur les intérêts et autres produits de créance est moins une technique d'imposition des non-résidents à raison des produits de sources nationales que le substitut d'une communication d'information vérifiable sur l'identité du bénéficiaire des revenus en question. Voilà pourquoi le lieu de paiement, qui n'est normalement pas un critère de rattachement des revenus pour déterminer leur imposition, est susceptible d'être pertinent. Il est ainsi au pouvoir du bénéficiaire du revenu d'échapper à la retenue à la source en recevant le paiement du revenu dans un État, ou par un intermédiaire financier, plus coopératif, soit en s'établissant lui-même dans un tel État.

De technique objective et impersonnelle d'imposition, la retenue à la source – spécialement lorsqu'elle est prélevée aux taux élevés de 30, 35 ou 50 % – est devenue une quasi-sanction et un instrument de dissuasion. Ce changement de nature et de fonction entraîne une nécessaire révision des clauses de brutage (ou *gross up*) que l'on rencontre le plus souvent dans les contrats financiers internationaux.

3. Clause de brutage ou *gross up*

4 - Si en principe, la retenue à la source n'est qu'un acompte sur l'impôt sur le revenu, dans la réalité, cet acompte, liquidé sur le montant brut du revenu, peut excéder l'impôt sur le revenu net imposable. Et, spécialement en matière internationale, l'excédent n'est pas toujours remboursable, de sorte que la retenue à la source peut représenter un coût final susceptible d'être lourd. C'est particulièrement vrai en matière bancaire et financière où les banques ont à supporter le coût du financement des crédits qu'elles consentent, cependant que les placements des investisseurs institutionnels (compagnies d'assu-

7. *RES n° 2010/11 (FP et FE), 22 févr. 2010 : Dr. fisc. 2010, n° 8-9, act. 48.*

8. Pour un commentaire de l'ensemble des textes et du rescrit, V. *E. Chapellier et Th. Perrot, Paiements d'intérêts et de dividendes vers les États et territoires non coopératifs : la nouvelle donne pour les émetteurs et les emprunteurs français : BF Lefebvre mai 2010, p. 423.*

9. *DPR n° 239, 1er avr. 1996 modifié.*

10. *Dir. n° 2003/48/CE, 3 juin 2003, art. 10 ; Accord CE-Suisse, 26 oct. 2004, art. 1er ; Accord CE-Andorre, 15 nov. 2004, art. 1er ; Accord CE-Liechtenstein, 7 déc. 2004, art. 1er ; Accord CE-Monaco, 7 déc. 2004, art. 1er ; Accord CE-Saint-Marin, 7 déc. 2004, art. 1er ; Accord entre la France et les Antilles néerlandaises, art. 5 ; accords entre la France et Guernesey, l'île de Man, les îles Turks et Caïques, les îles Vierges britanniques et Jersey, art. 1er.*

11. *Dir. n° 2003/48/CE, 3 juin 2003, art. 13 ; accords CE-Suisse et CE-Liechtenstein, art. 2 ; accords CE-Monaco et CE-Saint-Marin, art. 9.*

rance, fonds d'investissement et de pension, caisses de retraites, etc.) ont pour contrepartie des engagements envers des tiers. D'où la pratique consistant à stipuler que toute retenue à la source est ou sera prise en charge par le débiteur. En matière de contrats financiers internationaux, cette pratique s'est répandue si largement qu'elle est devenue un usage dont la mise en œuvre contribue à la comparabilité des créances et des titres et, par suite, à la liquidité du marché.

En France, le deuxième alinéa de l'article 1678 *quater* du CGI énonce que le prélèvement de l'article 125 A « *ne peut être pris en charge par le débiteur* » mais, à défaut de sanction civile expresse, on considère généralement, en l'absence de toute jurisprudence, que ce texte n'a que des incidences fiscales et n'affecte pas la validité de la clause de brutage [12].

Pour un émetteur français d'obligations ou autres titres de créances la clause de brutage est souvent rédigée ainsi :

« Si, en vertu de la Législation française, les paiements en principal ou en intérêt afférents à tout Titre, Reçu ou Coupon doivent être soumis à un prélèvement ou à une retenue au titre de tout impôt ou taxe, présent ou futur, l'Émetteur [ou, le cas échéant le Garant] s'engage, dans toute la mesure permise par la loi, à majorer ses paiements de sorte que les Titulaires de Titres, ou, le cas échéant, de Reçus et/ou Coupons perçoivent l'intégralité des sommes qui leur auraient été versées en l'absence d'une telle retenue ».

La clause est pratiquement identique dans les contrats de prêt syndiqués où les parties sont désignées comme « l'Emprunteur » ou « la Société » (au lieu de « l'Émetteur ») et « les Prêteurs » ou « les Parties Financières » (et non plus « les Titulaires de Titres ») [13].

4. Exceptions à la clause de brutage

5 - Cependant, il est des situations dans lesquelles l'impôt est dû à raison de circonstances personnelles au créancier ou à l'investisseur et, le cas échéant, en application de règles d'assiette et de taux d'imposition qui dépendent de sa situation personnelle, de ses actes ou de son inaction. Or il n'est pas dans l'esprit de la clause de brutage que celle-ci conduise à faire prendre en charge à l'émetteur ou au débiteur un impôt imputable au créancier. En cas d'émission de titres de créances tels que les obligations ou titres de créances négociables, l'objet de la clause n'est pas non plus d'obliger le débiteur à payer plus à certains prêteurs ou porteurs qu'à d'autres.

C'est pourquoi les clauses de brutage figurant dans les contrats d'émission de titres de créances comportent habituellement les exceptions suivantes :

« L'émetteur [ou, le cas échéant le Garant] ne sera pas tenu de majorer les paiements relatifs à tout Titre, Reçu ou Coupon dans les cas où :

(i) Autres liens : le Titulaire de Titres, Reçus ou Coupons (ou un tiers agissant en, son nom) est redevable en France desdits impôts ou droits autrement que du fait de la seule propriété desdits Titres, Reçus ou Coupons ;

(ii) Paiement à des personnes physiques : ce prélèvement ou cette retenue porte sur le montant d'un paiement effectué auprès d'une personne physique et est effectué conformément à toute directive de l'Union Européenne sur l'imposition des revenus de l'épargne ou conformément à toute loi mettant en œuvre cette directive, s'y conformant ou adoptée dans le but de s'y conformer ».

Lorsque l'émission d'obligations donne lieu à l'établissement de titres matérialisés, deux autres exceptions à l'application de la clause de brutage ou *gross up* sont généralement prévues :

« (i) Plus de 30 jours se sont écoulés depuis la Date de Référence (c'est-à-dire la date de l'échéance du paiement) : dans le cas de Titres Matérialisés, plus de 30 jours se sont écoulés depuis la Date de Référence, sauf dans l'hypothèse où le Titulaire de Titres, Reçus ou Coupons aurait eu droit à un montant majoré sur présentation de ceux-ci au paiement le dernier jour de ladite période de trente jours.

(ii) Paiement par un autre agent payeur : dans le cas de Titres Matérialisés, ce prélèvement ou cette retenue est effectué(e) par ou pour le compte d'un Titulaire qui aurait pu l'éviter en présentant le Titre ou le Coupon concerné pour paiement à un autre agent payeur situé dans un État membre de l'Union Européenne ».

Enfin, l'application de la clause de brutage est parfois exclue lorsque le prêteur est associé de l'entreprise débitrice et que, le taux d'intérêt excédant la limite prévue à l'article 39-1-3° du CGI, l'excédent n'est pas déductible et constitue un revenu réputé distribué :

« (i) Intérêt excédentaire payé à un actionnaire de l'Émetteur : à un Titulaire de Titres ou, le cas échéant, un Titulaire de Reçu ou de Coupon, imposable à raison de tels Titres, Reçus ou Coupons seulement en raison de sa qualité d'associé de l'Émetteur et du paiement d'un intérêt excédant la limite fixée par le Code général des impôts (article 39-1-3°) pour la déduction des intérêts payés aux associés de la société emprunteuse ».

5. Remboursement pour raisons fiscales

6 - Le risque de renchérissement du crédit résultant de la clause de brutage est tel pour l'émetteur que celui-ci se protège habituellement par une clause d'exigibilité anticipée pour des raisons fiscales (*tax call*).

La formule, couramment utilisée en matière d'obligations et de titres de créance, est la suivante :

« Si, à l'occasion d'un remboursement du principal ou d'un paiement d'intérêts, l'émetteur [ou le Garant] se trouvait contraint d'effectuer des paiements supplémentaires conformément à la clause de brutage ci-dessus, en raison de changements dans la législation ou la réglementation française ou pour des raisons tenant à des changements dans l'application ou l'interprétation officielle de ces textes qui seraient entrés en vigueur après la date d'émission, il pourra alors, à une quelconque Date de Paiement du Coupon ou, si cela est indiqué dans la Note d'Opération concernée, à tout moment à condition d'en avertir par un avis les Titulaires au plus tard quarante-cinq jours et au plus tôt trente jours avant ledit paiement (cet avis étant irrévocable), rembourser en totalité, et non en partie seulement, les Titres au Montant de Remboursement Anticipé majoré, à moins qu'il en soit indiqué autrement dans la Note d'Opération concernée, de tous les intérêts courus jusqu'à la date de remboursement fixée (y compris, le cas échéant, tout Arriéré d'Intérêts), à condition que la date de remboursement prévue faisant l'objet de l'avis ne sois pas antérieure à la date la plus éloignée à laquelle l'Émetteur [ou le Garant] pourra effectuer un paiement de principal et d'intérêts sans avoir à effectuer les retenues à la source françaises ».

La clause comporte traditionnellement une variante destinée à couvrir l'hypothèse où la prise en charge de la retenue à la source ne serait pas seulement prohibée – comme c'est actuellement le cas, avec des conséquences fiscales uniquement – mais invalidée ou réputée non écrite.

12. *J.-P. Le Gall, L'interdiction pour le débiteur de prendre à sa charge le prélèvement fiscal sur les revenus du créancier est-elle compatible avec la détaxe des intérêts dans la pratique bancaire ? in Fiscalité et Exportation : Feduci-LGDJ, 1984, p. 87 à 109. – P. Donsimoni, La prise en charge par le débiteur français de la retenue à la source au titre de revenus payés à des non-résidents ou le régime juridique et fiscal de la clause dite « gross up » : JCP G 1998, 934. – Ph. Derouin, L'impôt objet d'obligation civile in Mélanges Le Gall : Dalloz, 2007 p. 179.*

13. V. Clause 13.2 du contrat type LMA.

On trouve également dans les émissions de titres de dette subordonnée des clauses de remboursement anticipé pour raisons fiscales liées à la déduction fiscale de l'intérêt.

Elles peuvent être rédigées comme suit :

« Si, en raison d'une modification de la législation ou de la réglementation fiscale française ou de toute application ou interprétation de celle-ci, le paiement d'intérêt n'est plus déductible pour l'Émetteur au titre de l'impôt sur les bénéfices des sociétés, l'Émetteur a l'option, (...) de rembourser à tout moment la totalité des Titres pour leur valeur de remboursement anticipé (égale au moins à la valeur nominale d'origine, majorée des intérêts courus) mais pas avant la date à laquelle il pourra effectuer tout paiement d'intérêt fiscalement déductible » [14].

On retrouve ce type de clauses dans les contrats de prêt syndiqués [15]. Cependant, dans le cadre de ces contrats, le remboursement anticipé pour des raisons fiscales, ou *tax call*, est généralement partiel et limité à la seule participation du prêteur qui génère des coûts fiscaux pour l'emprunteur.

6. Application rare de ces clauses

7 - À ce jour, aucune de ces clauses n'a eu à s'appliquer à un émetteur français. Une des raisons en est que les modifications successives du régime fiscal des obligations et autres titres de créance n'ont souvent eu d'effet que pour les emprunts ou émissions postérieures à la réforme. Si des mesures plus récentes ont eu vocation à s'appliquer aux contrats en cours, elles ont été assorties de clauses d'antériorité, parfois liées à l'existence de clauses de brutage et de remboursement anticipé pour des raisons fiscales [16].

En revanche, s'agissant d'obligations internationales émises par des sociétés ayant leur siège dans des États qui perçoivent effectivement une retenue à la source sur les produits d'obligations, des clauses similaires ont eu à s'appliquer, notamment en cas d'augmentation du taux de la retenue à la source. C'est ainsi que, pour des obligations régies par la loi anglaise émises par une société de l'île Maurice avec la garantie de sa société mère indonésienne de manière à éviter un prélèvement à la source de 20 % en Indonésie et bénéficier du taux réduit de retenue à la source de 10 % prévu par la convention fiscale entre l'Indonésie et l'île Maurice, les juridictions du Royaume-Uni ont eu à se prononcer récemment sur l'application de la clause de remboursement anticipé pour des raisons fiscales à la suite de la dénonciation de cette convention fiscale par l'Indonésie. La clause ne permettait le remboursement anticipé que si l'obligation de prélever la retenue à la source à un taux supérieur au taux convenu « ne pouvait être évitée par l'émetteur en prenant des mesures raisonnables à sa disposition ».

Le représentant (*trustee*) des obligataires, soutenant que l'application du taux majoré de retenue à la source aurait pu être évitée par l'interposition d'une autre société, notamment néerlandaise, à la place de l'émetteur mauricien, s'était opposé au remboursement anticipé. Par un arrêt du 2 mars 2006, la cour d'appel de la High Court d'Angleterre et du Pays de Galles a essentiellement considéré que l'interposition de la société néerlandaise n'aurait pas été efficace car elle n'aurait été qu'un relais ou un conduit et n'aurait pas été le bénéficiaire effectif des intérêts versés par la société mère garante en vue du service des obligations litigieuses. En conséquence, elle a jugé que le remboursement anticipé était justifié [17].

7. Adaptation nécessaire des clauses aux nouvelles dispositions sur les ETNC

8 - Bien que l'article 22 de la troisième loi de finances rectificative pour 2009 ait établi le principe d'absence de retenue à la source sur les intérêts et autres produits de créance [18], les clauses de brutage et de remboursement anticipé pour des raisons fiscales ont conservé leur intérêt, ne serait-ce que dans l'éventualité d'un nouveau changement de législation.

En outre, le caractère ciblé des nouvelles mesures visant les ETNC à travers le lieu de paiement ou la résidence de certains créanciers conduit à s'interroger sur l'application de ces clauses en pareil cas.

Il aurait été loisible au législateur de trancher cette question en s'inspirant des textes qui, avant guerre, régissaient sur ce point l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières. Une règle de droit des contrats, applicable aux titres et contrats internationaux, quelle que soit la loi applicable au paiement ou à l'obligation elle-même, aurait eu le caractère d'une loi de police et de sûreté liée à la territorialité de l'impôt français. Des suggestions en ce sens ont été faites lors de l'élaboration du projet de la troisième loi de finances rectificative pour 2009 et de sa discussion, mais aucune n'a prospéré ni même été soumise aux commissions des finances ou en séance publique au Parlement.

Il restait alors à la pratique et aux rédacteurs d'actes à adapter les clauses habituelles des prospectus d'émission d'une part et des contrats de prêts syndiqués d'autre part. L'objet du présent article est de présenter les clauses-types ainsi adoptées au cours des dernières semaines et qui constituent un élément important de la pratique de marché qui s'instaure.

A. - Emprunts obligataires et titres de créances

9 - En raison de la fongibilité des emprunts obligataires et titres de créances négociables (au sens le plus large de ce terme) :

– d'une part le rescrit publié par l'Administration comporte une interprétation relativement large de la clause de sauvegarde, de sorte que la retenue à la source au taux de 50 % et le refus de déductibilité des charges financières auront rarement vocation à s'appliquer ;

– d'autre part, seule une clause d'exclusion du brutage lorsque le paiement ne bénéficie pas du rescrit est susceptible d'être effective.

À défaut de modèle de prospectus établi par une organisation commune telle que l'*International capital market association* (ICMA), et sans qu'une pratique de marché soit établie, on trouve quelques exemples d'exclusion dans de récents prospectus de base pour des programmes d'émission d'*Euro medium term notes* (EMTN) ainsi rédigés :

« **État ou territoire non coopératif** : si les Titres ne bénéficient d'aucune exception prévue par le rescrit 2010/11 (FP et FE) de l'administration fiscale française du 22 février 2010 et si une telle retenue ou déduction est requise pour la raison qu'un intérêt, un reçu ou un coupon est :

– soit payé sur un compte tenu,

– soit payé ou dû à une personne établie ou domiciliée,

14. Prospectus pour les émissions de titres super-subordonnés par l'*Agence française de développement* (visa AMF n° 04-289 du 16 avril 2004), par *Casino Guichard-Perrachon* (visa AMF n° 05-021 du 17 janvier 2005) et par *CNP Assurances* (visa AMF n° 05-151 du 15 mars 2005)).

15. V. Clause 8.6 du contrat type LMA décrite *infra* n° 7.

16. *Dir. n° 2003/48/CE, 3 juin 2003, art. 15, § 1*, et les accords prévoyant des mesures équivalentes conclus par la Communauté européenne avec la Suisse, Andorre, le Liechtenstein, Monaco et Saint-Marin ; article 22 de loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009, maintenant l'article 131 *quater* du CGI pour les emprunts conclus avant le 1er mars 2010.

17. *Court of Appeals Chancery Division 2 mars 2006, Indofoods International Finance Ltd c/ JP Morgan Chase Bank N.A.*

18. V. *supra* n° 3.

dans un État ou territoire non coopératif défini à l'article 238-0 A du Code général des impôts en application des articles 125 A, III, 119 *bis* et 238 A du même code » [19].

Des clauses similaires peuvent être incluses dans des prospectus d'émission d'obligations autonomes, comme on en a vu des exemples à l'étranger pour l'émission d'obligations par des sociétés italiennes stipulant :

« Aucun paiement additionnel ne sera dû à raison de tout Impôt qui résulterait du paiement à un non-résident d'Italie qui serait soumis à l'*imposta sostitutiva* pour la raison qu'il ne serait pas résident d'un pays qui autorise un échange d'information satisfaisant avec l'Italie » [20].

B. - Contrats de crédits syndiqués

1° La LMA et la convention-modèle de crédit syndiqué de droit français

10 - Un crédit syndiqué est un procédé de financement sous forme de prêts bancaires à moyen terme pour les besoins duquel les banques participant au financement s'organisent en un pool ou syndicat, afin de mettre les fonds à disposition de l'emprunteur, tout en mutualisant les risques entre elles. La gestion et l'administration du crédit syndiqué sont confiées à un membre du syndicat, appelé « agent ».

La LMA ou *Loan Market Association* est un organisme basé à Londres ayant pour objet de promouvoir le marché de prêts syndiqués primaire et secondaire et de créer, au bénéfice de ses membres, un ensemble de recommandations et de modèles harmonisés afin de les aider dans l'exercice de leur métier. C'est aussi un organisme de doctrine et de *lobbying*, qui a vocation à générer une pratique de marché en matière de prêts syndiqués et à organiser des formations au profit de ses membres.

Créée en novembre 1996 avec sept membres fondateurs, la LMA compte aujourd'hui plus de 380 membres qui sont principalement des institutions bancaires et financières, des cabinets d'avocats et des agences de notation.

Parmi les nombreux modèles de documents élaborées par la LMA et mis à disposition de ses membres sur son site internet (http://www.loan-market-assoc.com), les acteurs du marché de prêts syndiqués français ont notamment la possibilité de recourir au modèle de convention de crédit syndiqué de droit français, élaboré par un groupe de travail composé de représentants des principaux établissements financiers et de cabinets d'avocats.

Le modèle de crédit syndiqué de droit français, intitulé « Convention d'ouverture de crédit multidevises comportant un crédit à terme et une ouverture de crédit réutilisable », est destiné au marché des prêts syndiqués de droit français et a pour objectif de servir de point de départ à la négociation du financement à mettre en place entre les banques et le ou les emprunteurs. Comme le rappelle d'ailleurs l'entête du document, les parties sont libres de s'affranchir des suggestions proposées et de les adapter à chaque cas particulier.

Cette convention-modèle cherche à atteindre l'équilibre entre les intérêts respectifs des banques et de l'emprunteur. Elle est actualisée et mise à jour régulièrement.

Outre les clauses relatives, notamment, aux conditions de financement, aux conditions de tirage sur les financements, aux modalités de remboursement, aux cas d'exigibilité anticipée, aux déclarations et engagements de l'emprunteur et au rôle de l'agent, la convention-modèle contient un certain nombre de clauses fiscales.

Suite à la suppression de la retenue à la source sur les intérêts dans le cadre de la troisième loi de finances rectificative pour 2009 et la mise en place du dispositif fiscal pénalisant, rappelé ci-dessus, une réunion de travail a été organisée par la LMA avec certains cabinets d'avocats spécialistes de financements pour discuter des modifications envisageables de ces clauses fiscales. A l'issue de ces réunions, une mise à jour du modèle a été élaborée et soumise à la consultation des membres français de la LMA. Le nouveau modèle actualisé a été mis en ligne sur le site de la LMA le 18 mai 2010 dans sa version anglaise et le 4 juin 2010 dans sa version française.

Ce modèle actualisé a vocation à s'appliquer aux crédits syndiqués conclus postérieurement au 1er mars 2010 ainsi qu'aux contrats de crédits antérieurs dont le terme a fait l'objet d'une prorogation à compter de cette date et qui ne sont plus éligibles au dispositif de l'article 131 *quater* du CGI.

Les nouvelles clauses de la convention-modèle, décrites ci-après, visent à atteindre, suivant la logique du modèle, un équilibre entre, d'une part, les intérêts du ou des emprunteurs français, qui chercheront légitimement à se protéger contre l'application injustifiée de la clause de majoration des paiements ou le risque de la non-déductibilité des intérêts versés en rémunération du prêt, et, d'autre part, les intérêts des prêteurs, qui en tant que « fournisseurs » du financement ne doivent pas être soumis à des contraintes juridiques, commerciales ou financières disproportionnées.

Rappelons qu'il ne s'agit, cependant, que d'un modèle qui a vocation à être adapté à chaque cas particulier.

2° Définition des États et territoires non-coopératifs

11 - Tout d'abord, la convention-modèle introduit la notion d'États et territoires non-coopératifs, qui constitue la clef de voûte du nouveau régime fiscal applicable aux intérêts versés par un emprunteur français dans le cadre d'un financement auquel participent ou sont susceptibles de participer des banques non-résidentes.

La partie introductive de la convention-modèle, consacrée aux définitions, prévoit la définition suivante :

« "**État ou Territoire Non Coopératif**" désigne un État ou territoire non coopératif visé dans la liste de l'article 238-0 A du code général des impôts, telle que cette liste peut être mise à jour ».

Le renvoi à la liste de l'article 238-0 A du CGI et à ses mises à jour ultérieures, permet de donner une définition des ETNC évolutive dans le temps, qui tiendra compte des mises à jour annuelles de la liste pendant la durée d'application du crédit.

3° Faculté de remboursement anticipé partiel en cas de non-déductibilité des intérêts

12 - Comme indiqué ci-dessus, l'article 238 A du CGI prévoit dans sa nouvelle rédaction, la non-déductibilité des intérêts (i) payés ou dus à un prêteur domicilié ou établi dans un ETNC ou (ii) versés sur un compte tenu dans un organisme financier établi dans un tel État ou territoire, sauf pour l'emprunteur français à pouvoir invoquer le bénéfice de la clause de sauvegarde en apportant la preuve que les intérêts versés correspondent à une opération de financement réelle, que ces intérêts ne sont pas d'un montant anormal ou exagéré et que l'opération de financement a principalement un objet et effet autres que de permettre la localisation de ces intérêts dans un ETNC. Rappelons que cette non-déductibilité a pour corollaire l'exigibilité éventuelle de la retenue à la source de 25 ou 50 % à la charge de l'emprunteur français.

À la différence du confort qui résulte, pour les obligations et autres titres de créance négociables, du rescrit n° 2010/11 de l'administration fiscale, aucune doctrine administrative n'indique comment cette preuve peut être apportée en matière de crédit syndiqué. Dès lors,

19. Prospectus de base pour un programme EMTN de 5 mds € établi par Vivendi le 23 mars 2010 et publié sur le site de la bourse de Luxembourg (www.bourse.lu) ; et prospectus de base pour un programme EMTN de 7 milliards d'euros établi par Danone le 21 avril 2010 visa AMF n° 10-0104.

20. *Prospectus d'émission d'obligations SEAT Pagine Gialle SpA, 22 janv. 2010, p. 1, 163 et 164.*

dans la mesure où l'emprunteur français est confronté à un risque de non-déductibilité des intérêts courus au profit d'un prêteur agissant depuis un ETNC, il a été considéré que l'emprunteur devrait avoir la faculté de rembourser la tranche correspondante du prêt de manière anticipée et sans pénalité. En revanche, il est exclu en pratique que la charge complémentaire d'impôt sur les sociétés correspondant à la non-déductibilité des intérêts soit mise à la charge des prêteurs.

La nouvelle clause 8.6 (« Remplacement et remboursement anticipé volontaire et annulation à l'égard d'un seul Prêteur ») prévoit désormais cette faculté de remboursement anticipé partiel au profit de l'emprunteur :

« Si :

(i) une somme due à un Prêteur par un Débiteur doit être majorée en application des stipulations du paragraphe (*c*) de l'Article 13.2 (Majorations de paiements) ou de toute stipulation équivalente des Documents de Financement ; ou

(ii) un Prêteur demande à la Société de l'indemniser en application des stipulations de l'Article 13.3 (Indemnisation fiscale) ou de l'Article 14.1 (Coûts additionnels) ; ou

(iii) un montant dû à un quelconque des Prêteurs par un Débiteur au titre d'un Document de Financement n'est pas, ou ne sera pas (au moment du calcul de l'impôt sur les sociétés) traité comme une charge ou une dépense déductible de ce Débiteur d'un point de vue fiscal français au motif que ce montant est (i) payé ou dû à un Prêteur constitué, domicilié, établi ou agissant à travers une Agence de Crédit située dans un État ou Territoire Non Coopératif ou (ii) payé sur un compte ouvert au nom ou pour le compte de ce Prêteur dans une institution financière située dans un État ou Territoire Non Coopératif,

la Société pourra, tant que la situation à l'origine de ce surcoût, indemnisation ou **non-déductibilité d'un point de vue fiscal français** perdure, par un avis adressé à l'Agent, soit annuler l'Engagement de ce Prêteur et annoncer son intention de rembourser ou de faire rembourser par anticipation la participation de ce Prêteur dans les Avances, soit annoncer son intention de remplacer ce Prêteur conformément au paragraphe (*d*) ci-dessous ».

En vertu de cette clause et, pourvu qu'il ait identifié la non-déductibilité des intérêts courus, l'emprunteur français peut donc soit (i) procéder au remboursement anticipé de la participation dans le prêt du prêteur établi ou domicilié dans un État ou territoire non-coopératif, soit (ii) demander le transfert de cette participation (et, le cas échéant de l'engagement du prêteur) à un nouveau prêteur identifié et sélectionné par l'emprunteur. Cette nouvelle clause ne prévoit donc pas de *tax call* généralisé, de sorte que la faculté de remboursement anticipée, limitée aux seules participations des prêteurs établis dans un ETNC, n'est ni une pénalisation ni une aubaine pour l'emprunteur français, ce qui préserve l'équilibre entre les parties.

4° Obligation de majoration de paiements à la charge de l'emprunteur (clause de brutage)

13 - La convention-modèle comporte en son article 13.2 (Majoration de paiements) une clause de brutage ou *gross up* classique, mettant à la charge de l'emprunteur l'obligation de majorer les paiements qu'il effectue au titre du financement en cas de retenue à la source prélevée sur ces paiements dans son pays de résidence, de façon à ce que le revenu net des prêteurs, après application de cette retenue à la source, soit égal à ce qu'ils auraient perçu si aucune retenue à la source n'avait été appliquée.

L'application de la clause de majoration de paiements bénéficie aux seuls prêteurs « éligibles », c'est-à-dire aux prêteurs qui, au moment où le prêt est conclu, sont exonérés de la retenue à la source sur les intérêts qui leur reviennent, soit en vertu du droit interne du pays de résidence de l'emprunteur, soit en vertu d'une convention fiscale internationale. Ainsi, au moment de leur accession au contrat de crédit, la retenue à la source est supportée par les prêteurs si les conditions pour bénéficier de l'exonération de retenue à la source en vertu du droit interne de l'emprunteur ou d'un traité fiscal ne sont pas remplies. En revanche, si la retenue à la source devient exigible suite à une modification de la réglementation, postérieure à la date à laquelle le prêteur considéré est devenu prêteur au titre du contrat de crédit (qu'il s'agisse de la date de signature du contrat de crédit pour les prêteurs initiaux ou de la date d'accession au contrat de crédit pour les autres), c'est l'emprunteur qui supporte le risque de retenue à la source et devra par conséquent majorer les paiements d'intérêts effectués.

5° Définition du prêteur « éligible »

14 - Dans la mesure où la loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009 a supprimé la retenue à la source en France au titre des intérêts versés par un emprunteur français à des prêteurs non-résidents, sauf en cas de paiement dans un ETNC, l'article 13.1 (Définitions) de la convention-modèle prévoit désormais la définition suivante des prêteurs éligibles :

« **"Prêteur Éligible"** (*Qualifying Lender*) désigne un Prêteur qui :

(i) remplit les conditions imposées par le droit français pour qu'un paiement ne soit pas soumis à une Retenue à la Source ou, le cas échéant, soit exempté de Retenue à la Source ; ou

(ii) est un Prêteur Bénéficiant d'un Traité Fiscal.

"Prêteur Bénéficiant d'un Traité Fiscal" (*Treaty Lender*) désigne un Prêteur qui :

(i) est résident de l'État Conventionné au sens du Traité Fiscal ;

(ii) n'exerce pas d'activité en France à travers un établissement stable auquel se rattacherait effectivement la participation du Prêteur à l'Avance ;

(iii) agit depuis une Agence de Crédit située dans l'état de son établissement ; et

(iv) remplit toutes les autres conditions qui doivent être remplies en application du Traité Fiscal par les résidents de l'État Conventionné pour que les résidents de cet État puissent être exonérés d'Impôt prélevé sur les intérêts par la France, sous réserve de l'accomplissement de toutes les formalités nécessaires ».

6° Nouvelle exception à la clause de brutage

15 - Dans la mesure où la retenue à la source de 50 % ne s'applique, comme le précise le rescrit du 22 février 2010, que si les intérêts sont versés par l'emprunteur français sur un compte ouvert dans les livres d'un établissement financier situé dans un ETNC, il serait inéquitable d'imposer à l'emprunteur l'obligation de majorer les paiements d'intérêts qui seraient soumis à cette retenue à la source, alors qu'il suffira au prêteur, pour éviter l'application de cette retenue à la source, de transférer le compte sur lequel les intérêts sont versés dans un établissement financier situé dans un État ou territoire autre qu'un ETNC.

C'est pourquoi le nouvel article 13.2 (*d*) (Majoration de paiements) de la convention-modèle prévoit la non-application de l'obligation de majoration dans ce cas, dans les termes suivants :

« Un paiement ne sera pas majoré en application du paragraphe (*c*) ci-dessus en raison d'une Retenue à la Source au titre d'un Impôt prélevé par la France, si à la date à laquelle ce paiement devient exigible :

(i) le paiement aurait pu être effectué au Prêteur concerné sans Retenue à la Source s'il était un Prêteur Éligible mais à cette date ce Prêteur n'est pas ou n'est plus un Prêteur Éligible pour une raison autre qu'une modification, intervenue après qu'il est devenu Prêteur au titre de cette Convention, de la loi ou d'une convention fiscale (ou de leur interprétation ou application) ou d'une pratique ou d'une tolérance publiées par une autorité fiscale compétente ; ou

(ii) le Prêteur concerné est un Prêteur bénéficiant d'un Traité Fiscal et le Débiteur qui doit effectuer ledit paiement est en mesure de démontrer que le paiement aurait pu être effectué sans Retenue à la Source si le Prêteur avait rempli ses obligations (de coopérer avec le Débiteur à l'accomplissement des formalités permettant à ce dernier d'effectuer le paiement sans Retenue à la Source) au titre du paragraphe [...] ci-dessous ;

étant précisé que l'exclusion visée au paragraphe 13.2 (*d*) (i) ci-dessus en cas de modification intervenue après la date à laquelle un Prêteur est devenu Prêteur au titre de la présente convention, ne s'appliquera pas en cas de Retenue à la Source au titre d'un Impôt prélevé par la France sur un paiement effectué au profit d'un Prêteur, si cette Retenue à la Source est due uniquement parce que ce paiement est fait sur un compte ouvert au nom ou pour le compte de ce Prêteur dans une institution financière située dans un État ou Territoire Non Coopératif ».

Par conséquent, une modification de la réglementation fiscale, entraînant l'applicabilité d'une retenue à la source, intervenue postérieurement à la date à laquelle le prêteur est devenu partie au contrat de crédit, aboutit au maintien de la clause de *gross up* au profit du prêteur, sauf si la retenue à la source devient applicable du fait d'un changement dans la liste des ETNC.

7° Obligation d'atténuer le dommage à la charge des prêteurs

16 - Afin de protéger l'emprunteur contre tout surcoût financier imprévu qu'il pourrait supporter du fait du contrat de financement, la convention-modèle comporte une clause d'atténuation (*mitigation*), qui fait peser sur les prêteurs une obligation de moyens consistant à prendre toutes mesures raisonnables afin d'atténuer l'effet des événements susceptibles d'entraîner une nouvelle obligation pécuniaire à la charge de l'emprunteur en vertu de certaines clauses du contrat de crédit. Cette obligation de moyens ne contraint toutefois pas les prêteurs à prendre des mesures qui pourraient leur porter préjudice.

Suite à la loi de finances rectificative pour 2009 et l'émergence du risque de non-déductibilité pour l'emprunteur français des intérêts versés en vertu de l'article 238 A du CGI, l'article 16.1 (Atténuation) de la convention-modèle a été mis à jour afin d'inclure dans le champ de l'obligation d'atténuation à la charge des prêteurs, le cas de non-déductibilité des intérêts pour l'emprunteur français :

« (*a*) Chaque Partie Financière, après consultation de la Société, devra prendre les mesures raisonnables pour atténuer l'effet de tout événement susceptible d'entraîner l'exigibilité d'une somme ou l'annulation d'un Engagement en application de l'Article 8.1 (Illégalité), l'Article 13 (Fiscalité), l'Article 14 (Coûts additionnels) ou le paragraphe [...] de l'Annexe 4 (Formule de Calcul des Coûts Obligatoires) ou **la non-déductibilité d'un montant dû au titre d'un Document de Financement par un Débiteur établi en France, du bénéfice imposable de ce Débiteur d'un point de vue fiscal français, lorsque ce montant est (i) payé ou dû à une Partie Financière constituée, domiciliée, établie ou agissant à travers une Agence de Crédit située dans un État ou Territoire Non Coopératif ou (ii) payé sur un compte ouvert au nom ou pour le compte de cette Partie Financière dans une institution financière située dans un État ou Territoire Non Coopératif ;** ces mesures pourront notamment comprendre le transfert de ses droits et obligations au titre des Documents de Financement à une Société Affiliée ou à une autre Agence de Crédit.

(*b*) Les stipulations du paragraphe (*a*) ci-dessus n'ont nullement pour effet d'affecter les obligations des Débiteurs au titre des Documents de Financement » ;

Comme c'est le cas pour tous les autres articles de la convention-modèle, les parties pourront modifier cette clause d'atténuation et, le cas échéant, renforcer l'obligation de moyens pesant sur les banques en faveur de l'emprunteur selon les circonstances qui entourent la conclusion du contrat de crédit, et notamment, en cas de participation de prêteurs situés dans des États susceptibles d'être à terme inclus dans la liste des ETNC.

8° Cession et transfert des droits et obligations au titre du contrat de crédit par les prêteurs

17 - La convention-modèle de droit français prévoit la faculté au profit des prêteurs de céder leurs droits au titre du contrat par voie de cession de créance ou de transférer leurs droits et obligations par voie de cession de contrat. Généralement, ces cessions ou transferts sont réalisés au profit d'autres banques, institutions financières ou fonds spécialisés dans le rachat de créances [21].

La cession de contrat est traditionnellement utilisée lorsque les fonds n'ont pas été entièrement mis à la disposition de l'emprunteur, étant précisé que les règles du monopole bancaire doivent être respectées vis-à-vis de l'emprunteur français en ce qui concerne le transfert de l'engagement du prêteur dans le cadre d'une cession de contrat. Le prêteur transfère alors à son cessionnaire d'une part, ses droits au titre du contrat et, notamment, le droit d'obtenir le remboursement du principal déjà tiré et le paiement des intérêts, le droit de bénéficier des sûretés attachées au contrat et d'autre part, l'obligation de mettre les fonds à disposition de l'emprunteur au moment des tirages.

A contrario, le transfert sera réalisé par voie de cession de créance lorsque les fonds ont été entièrement mis à disposition de l'emprunteur, de sorte que seuls les droits du prêteur au titre du contrat de crédit seront transmis au cessionnaire. La différence des modes de transmission, du contrat ou de la créance, n'a pas d'incidence fiscale.

Si le nouveau prêteur (cessionnaire) agit à travers un établissement situé dans un ETNC, l'emprunteur français risque de se heurter à la non-déductibilité des intérêts qu'il serait amené à verser à ce nouveau prêteur.

Afin de protéger l'emprunteur français contre le risque de non-déductibilité, l'article 23.2 (Conditions de la cession ou du transfert) de la convention-modèle subordonne les transferts à un nouveau prêteur à l'accord préalable de l'emprunteur français dans les termes suivants :

« L'accord de la Société est nécessaire pour toute cession ou tout transfert par un Prêteur Existant, étant entendu que :

(i) dans le cas d'une cession, cet accord ne sera pas requis si la cession s'effectue au profit d'une de ses Sociétés Affiliées ou d'un autre Prêteur ;

(ii) la Société donne d'ores et déjà son accord à tout transfert par un Prêteur au profit d'une de ses Sociétés Affiliées ou d'un autre Prêteur ;

Nonobstant ce qui précède, aucune cession, transfert, sous-participation ou sous-contrat relatifs à un Tirage par un Emprunteur établi en France ne peuvent être effectués au profit d'un Nouveau Prêteur constitué, domicilié, établi ou agissant à travers une Agence de Crédit située dans un État ou Territoire Non Coopératif sans l'accord préalable de la Société, étant précisé que cet accord ne pourra pas être refusé sans motif légitime ».

Ainsi limitée dans son objet et sa portée, la clause devrait échapper à la prohibition – si elle est applicable aux contrats de prêt – prévue au *c)* du II de l'article L. 442-6 du Code de commerce qui déclare nuls les clauses ou contrats prévoyant, pour un producteur, commerçant, in-

21. Notamment ceux connus sous les acronymes « CLO » pour *Collaterized Loan Obligation* ou « CDO » pour *Collaterized Debt Obligation.*

dustriel ou artisan, la possibilité d'interdire au co-contractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui [22].

Parallèlement à l'accord préalable de l'emprunteur, la convention-modèle prévoit en son article 13.5 (Confirmation du statut fiscal du Prêteur), que le nouveau prêteur devra indiquer dans l'acte de transfert qu'il exécute au moment de son accession au contrat de crédit, s'il est ou non situé dans un ETNC, de façon à ce que l'emprunteur soit pleinement avisé des conséquences fiscales susceptibles de découler de l'accession au contrat de crédit de ce nouveau prêteur.

9° Rôle de l'agent

18 - L'agent dans un contrat de crédit syndiqué est le représentant des banques à l'égard de l'emprunteur. L'agent est choisi parmi les membres du pool lors de sa constitution. En pratique, le rôle de l'agent est généralement confié à l'une des banques membres du pool qui fait partie des banques arrangeuses chefs de file du crédit ou qui connaît le mieux l'emprunteur. L'agent a pour mission générale d'assurer la gestion courante du crédit et de servir d'intermédiaire entre l'emprunteur et les banques membres du syndicat.

L'une des fonctions de l'agent est de centraliser les paiements effectués dans le cadre du contrat de crédit. Ainsi, pour les besoins de la mise à disposition de chaque tirage demandé par l'emprunteur, chacune des banques vire le montant de sa participation au compte ouvert à cet effet par l'agent et ces montants sont ensuite transférés sur le compte de l'emprunteur. De même, le remboursement du principal et les paiements d'intérêts échus effectués par l'emprunteur transitent d'abord par un compte ouvert au nom de l'agent qui se charge ensuite de répartir ces montants entre les banques en fonction de leur participation dans le crédit.

10° Agent du crédit et lieu de paiement des intérêts

19 - En ce qui concerne le risque d'exigibilité de la retenue à la source de 50 % au titre des paiements d'intérêts effectués par l'emprunteur français et transitant par le compte de l'agent, le rescrit du 22 février 2010 prévoit que l'exigibilité de la retenue à la source de 50 % doit être appréciée par rapport au dernier flux sortant de France. Ainsi, en cas de paiements dans le cadre d'un crédit syndiqué transitant par le compte de l'agent, il faut se référer au dernier flux de paiement sortant de France, que ce paiement soit libératoire ou non pour l'emprunteur. Lorsque l'agent des banques est établi en France et reçoit les intérêts sur un compte qui y est situé puis reverse à chacune des banques du pool sa quote-part des intérêts, la retenue à la source de 50 % s'appliquera si l'une des banques membres du pool reçoit les intérêts sur un compte ouvert dans un établissement financier situé dans un ETNC (à hauteur de la quote-part des versements effectués sur ce compte). De même, si l'agent est situé en France mais que les intérêts sont versés par l'emprunteur sur un compte ouvert au nom de cet agent dans un établissement financier situé dans un ETNC, la retenue à la source de 50 % devrait s'appliquer sur l'ensemble des intérêts versés par l'emprunteur.

C'est pour exclure tout risque d'application de la retenue à la source de 50 % que les articles 28.1 (Paiements à l'Agent) et 28.2 (Distributions par l'Agent) de la convention-modèle ont été modifiés de façon à prévoir que tout paiement réalisé par l'emprunteur à l'agent ou par l'agent au prêteur concerné seront effectués sur un compte ouvert auprès d'un établissement financier situé dans un centre financier autre qu'un ETNC :

Article 28.1 (Paiements à l'Agent)

« (*a*) A chaque date à laquelle un Emprunteur ou un Prêteur doit payer une somme au titre d'un Document de Financement, l'Emprunteur ou le Prêteur mettra cette somme à la disposition de l'Agent (sauf stipulation contraire d'un Document de Financement) à l'heure et sous la forme que l'Agent précisera comme étant conformes, à la date d'exigibilité du paiement, aux pratiques en vigueur au lieu de paiement pour des paiements dans la devise concernée.

(*b*) Tout paiement sera fait sur un compte bancaire, spécifié par l'Agent, ouvert dans le principal centre financier du pays de la devise concernée (ou, pour l'euro, dans le principal centre financier d'un État Membre Participant ou à Londres), **autre qu'un État ou Territoire Non Coopératif,** auprès d'une banque spécifiée par l'Agent ».

Article 28.2 (Distributions par l'Agent)

« Sous réserve des Articles 28.3 (Distributions à un Débiteur) et 28.4 (Restitution), tout paiement reçu par l'Agent au titre des Documents de Financement pour le compte d'une autre Partie sera mis à la disposition de cette dernière par l'Agent dès que possible après réception (dans le cas d'un Prêteur, pour le compte de son Agence de Crédit), en créditant le compte que celle-ci aura notifié à l'Agent par préavis d'au moins cinq Jours Ouvrés. Ce compte devra être ouvert auprès d'une banque située dans le principal centre financier du pays de la devise du paiement (ou, pour l'euro, dans le principal centre financier d'un État Membre Participant ou à Londres), **autre qu'un État ou Territoire Non Coopératif** ».

11° Localisation de l'Agent

20 - La convention modèle part du postulat qu'au moment de la conclusion du contrat de crédit, l'agent n'agira pas depuis un ETNC.

Si, suite à un changement de liste des ETNC, l'agent était considéré comme agissant depuis un tel État ou territoire, l'emprunteur français risque de devoir faire face à la non-déductibilité des intérêts payés à un tel agent, dans la mesure où l'article 238 A du CGI vise les intérêts payés ou dus à une personne domiciliée ou établie dans un ETNC. La même situation pourrait se présenter si l'agent devait démissionner de ses fonctions et qu'un autre agent soit nommé à sa place par les banques.

C'est pour cette raison que la convention modèle prévoit désormais en son article 25.11 (Démission de l'Agent), d'une part, qu'en cas de démission de l'agent, son remplaçant ne devra pas être situé dans un ETNC et, d'autre part, que l'emprunteur pourrait demander le remplacement de cet agent si les intérêts qu'il verse à l'agent au titre du prêt devenaient non déductibles de son résultat fiscal au motif que l'agent en question agirait depuis un ETNC :

« (*a*) L'Agent peut, moyennant préavis aux autres Parties Financière et à la Société, démissionner et se substituer une de ses Sociétés Affiliées agissant par l'intermédiaire de son agence située [au Royaume Uni] [en France].

(*b*) L'Agent peut également informer, moyennant un préavis de 30 jours, les autres Parties Financières et la Société de son intention de démissionner sans toutefois désigner de successeur, auquel cas la Majorité des Prêteurs, après consultation de la Société, peut nommer son successeur, **qui ne devra pas être constitué, domicilié, établi ou agir à travers une agence située dans un État ou Territoire Non Coopératif.**

(*c*) La Société peut, avec un préavis d'au moins 30 jours adressé à l'Agent, remplacer l'Agent en demandant aux Prêteurs de désigner un Agent de remplacement, lorsqu'un montant dû au titre d'un Document de Financement par un Débiteur établi en France devient non déductible du résultat fiscal de ce Débiteur d'un point de vue fiscal français, au motif que ce montant est (i) payé ou dû à un Agent constitué, domicilié, établi ou agissant à travers une agence située dans un État ou Territoire Non Coopératif ou (ii) payé sur un compte ouvert au nom de cet Agent dans une institution financière située dans un État ou Territoire Non

22. Sur cette prohibition et sa portée V. *M. Renfert et J.-P. Brun, Les clauses prohibant la cession de créances en droit français et en droit comparé : RTD fin. 2009, n° 3, p. 37.*

Coopératif. Dans ce cas, cet Agent démissionnera et un Agent de remplacement sera désigné par la Majorité des Prêteurs (après consultation de la Société) dans un délai de 30 jours de la date de notification du remplacement ».

Conclusion

21 - L'article 22 de la troisième loi de finances rectificative pour 2009 a modifié le régime d'imposition des intérêts et autres produits de créances payables à l'étranger. L'exonération de retenue à la source est devenue la règle et le prélèvement de 50 %, l'exception. Pour autant, les contrats de financement requièrent toujours des clauses fiscales réglant entre les parties la charge d'une retenue à la source susceptible d'être prélevée sur les intérêts versés. Le nouveau régime fiscal a conduit les praticiens à adapter ces clauses fiscales. Comme précédemment, ces clauses n'ont pas pour objet de transférer la charge de l'impôt d'une partie sur l'autre mais – selon l'adage de la justice contractuelle – à attribuer à chacun ce qui lui revient (*suum cuique tribuere*).

MOTS-CLÉS : *Revenus de capitaux mobiliers - Produits de placements à revenu fixe - Prélèvement obligatoire (CGI, art. 125 A, III) - Clauses fiscales des contrats financiers : l'incidence des dispositions anti-paradis fiscaux*
États et territoires non coopératifs (ETNC) - Contrats financiers - Clauses fiscales

OFFRE D'ABONNEMENT

Revue de droit fiscal

☐ OUI Je m'abonne à la revue **pour toute l'année 2010** (43 numéros par an + tables annuelles) au prix de 546,23 €TTC.

Je recevrai donc également les numéros déjà parus depuis le début de l'année.

☐ Je m'abonne à partir du mois en cours au coût mensuel de 45,52 €TTC.

Je ne recevrai que les prochains numéros à paraître jusqu'à la fin de l'année.

RELIURES

☐ Je commande la reliure permettant de conserver 4 mois de la revue.

Je souhaite ____ reliure(s) au prix unitaire de 24,27 €TTC

Sauf avis contraire de votre part avant le 1er décembre, nos abonnements se renouvellent d'année en année par tacite reconduction pour une période d'un an. Conformément à la législation en vigueur, vous disposez d'un droit d'accès et de rectification pour toute information vous concernant.

A renvoyer par Courrier : LexisNexis
Relation client - 141, rue de Javel - 75747 Paris cedex 15
ou par Fax : **01 45 58 94 00**
Commande sur internet : http://boutique.lexisnexis.fr/

Votre numéro d'abonné LexisNexis (si vous le connaissez)

☐ MLLE ☐ MME ☐ M. NOM/PRÉNOM

SOCIÉTÉ/ÉTABLISSEMENT

ADRESSE

CODE POSTAL VILLE

TÉL

FAX

E-MAIL

NAF

SIRET

DATE/CACHET ET SIGNATURE 10ML01-14F

0 821 200 700
0,112 € puis 0,09 €/min à partir d'un poste fixe

LexisNexis®

Tarifs valables en France métropolitaine jusqu'au 31/12/2010. DOM-TOM et étranger : abonnement annuel 2010 : 577,80 €HT, reliure : 25,30 €HT. TVA : 2,10%. 552 029 431 RCS Paris.